



Roj: **SJM C 3188/2018 - ECLI:ES:JMC:2018:3188**

Id Cendoj: **15030470012018100001**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **14/11/2018**

Nº de Recurso: **251/2016**

Nº de Resolución: **156/2018**

Procedimiento: **Juicio ordinario**

Ponente: **AMELIA MARIA PEREZ MOSTEIRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **XDO. DO MERCANTIL N. 1**

### **A CORUÑA**

SENTENCIA: 00156/2018

C/CAPITAN JUAN VARELA, S/N, 2ª PLANTA - A CORUÑA - (EDIFICIO ANTIGUA AUDIENCIA PROVINCIAL)

Teléfono: **981182166** - 881881774, Fax: 981182134

Equipo/usuario: CM

Modelo: N04390

N.I.G.: 15030 47 1 2016 0000561

### **ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000251 /2016**

Procedimiento origen: /

### **Sobre CONDICIONES GENERALES CONTRATACION**

DEMANDANTE D/ña. ASOCIACION DE **CONSUMIDORES** E USUARIOS DE GALICIA ACOUGA

Procurador/a Sr/a. MARIA DEL CARMEN CAMBA MENDEZ

Abogado/a Sr/a. XOAN ANTON PEREZ LEMA Y LOPEZ

DEMANDADO D/ña. ABANCA CORPORACION BANCARIA S.A.

Procurador/a Sr/a. CARMEN BELO GONZALEZ

Abogado/a Sr/a. JUAN MANUEL RODRIGUEZ CARCAMO

### **SENTENCIA**

En A Coruña, a catorce de noviembre de dos mil dieciocho

Vistos por DOÑA AMELIA MARÍA PÉREZ MOSTEIRO, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña, en comisión de servicios, los autos de Juicio Ordinario, seguidos ante este Juzgado, con el número **251** del año **2016**, en el ejercicio de una acción colectiva, de restitución, en defensa de los intereses de **consumidores** y usuarios, en reclamación de cantidad, a instancias de la entidad **ASOCIACIÓN GALEGA DE CONSUMIDORES E USUARIOS (en adelante ACOUGA)**, representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Camba Méndez y asistido por el Letrado Sr. Pérez-Lema López, con la intervención voluntaria adhesiva, en calidad de demandantes, al tener interés legítimo y directo en el resultado del presente proceso, bajo la misma representación procesal y asistencia letrada que la actora de: D. Daniel y D<sup>a</sup> Emilia, D<sup>a</sup> Erica y D. Eleuterio, D. Emiliano y D<sup>a</sup> Eulalia, D. Eulogio, D<sup>a</sup> Flor y D<sup>a</sup> Florinda, D<sup>a</sup> Gracia, D<sup>a</sup> Guadalupe y como fiadores D. Francisco y D<sup>a</sup> Jacinta, D<sup>a</sup> Juliana y D. Gregorio, D. Herminio, D<sup>a</sup> Lucía, D. Landelino y Olga, D. Lucas y D<sup>a</sup> Rafaela, D. Marino y D<sup>a</sup> Rosa, D<sup>a</sup> Rosario y D<sup>a</sup> Sacramento, D. Nicanor, D. Obdulio, D<sup>a</sup> Sonsoles y D. Pedro, D. Plácido, D<sup>a</sup> Trinidad, D. Raúl, D<sup>a</sup> Visitacion, D. Romualdo, D<sup>a</sup> Azucena, D. Sergio, D<sup>a</sup> Adoracion



, D<sup>a</sup> Alejandra, D<sup>a</sup> Amalia y D. Jose Manuel, D. Jose Francisco, D<sup>a</sup> Apolonia, quien actúa en su propio nombre y en beneficio de la sociedad de gananciales que forma con su esposo D. Carlos Ramón, D<sup>a</sup> Blanca, D. Luis Pedro, D. Jesús María, D<sup>a</sup> Celestina, D. Juan Luis, D<sup>a</sup> Coro, D<sup>a</sup> Cristina, quien actúa en su propio nombre y en beneficio de la sociedad de gananciales que forma con su esposo D. Marco Antonio, D<sup>a</sup> Elisenda y D. Adriano, D<sup>a</sup> Encarnación y D. Alonso, D<sup>a</sup> Estrella y D. Anibal, D<sup>a</sup> Fátima y D. Arcadio, D. Aureliano y D<sup>a</sup> Gabriela, D<sup>a</sup> Gloria, D. Bernabe y D<sup>a</sup> Isidora, D. Candido, D<sup>a</sup> Noemi, D<sup>a</sup> Laura, D<sup>a</sup> Paloma, D. Cirilo y D. Cornelio, D. Demetrio y D<sup>a</sup> Mariola, D. Eduardo y D<sup>a</sup> Mónica, D<sup>a</sup> Sonia, D<sup>a</sup> Tania y D. Ezequias, D<sup>a</sup> Pilar, D<sup>a</sup> Violeta, D<sup>a</sup> Reyes, D<sup>a</sup> Marí Juana, D. Gabino y D<sup>a</sup> Salvadora, D<sup>a</sup> Sara, D<sup>a</sup> Socorro, D. Hilario y D<sup>a</sup> Teodora, D. Ildefonso y D<sup>a</sup> Vanesa, D<sup>a</sup> Ángeles y D. Javier, D<sup>a</sup> Marí Trini, D. Gonzalo, D. Julio, D<sup>a</sup> María Virtudes, D. Lorenzo, D. Lucio y D<sup>a</sup> Casilda, D. Mateo y D<sup>a</sup> Amparo, D. Moises y D<sup>a</sup> Florencia, D<sup>a</sup> Diana y D. Paulino, D<sup>a</sup> Elvira y D. Prudencio, D. Ricardo, D<sup>a</sup> Estibaliz y D. Rosendo, D. Sabino, D. Santos y D<sup>a</sup> Manuela, D. Silvio, D. Teodoro y D<sup>a</sup> Hortensia, D<sup>a</sup> Josefa, D. Nicolas, D<sup>a</sup> Leticia y D. Jose Ángel, D. Sixto y SUS HIJOS D<sup>a</sup> Rocío y D. Luis Pablo, D<sup>a</sup> Josefina, D. Sebastián, D. Juan Francisco y D<sup>a</sup> Lorenza, D<sup>a</sup> Piedad, D<sup>a</sup> Raquel y D<sup>a</sup> Crescencia, D. Alberto y D<sup>a</sup> Milagrosa, D. Amador y D<sup>a</sup> Adela, D. Pedro Jesús y D<sup>a</sup> Paulina, D<sup>a</sup> Clara, D<sup>a</sup> Remedios y como heredera de D. Bienvenido (fallecido) su madre D<sup>a</sup> Sabina, D<sup>a</sup> Salome, D<sup>a</sup> Benita y D. Cipriano, D. Conrado y D<sup>a</sup> Africa, D. David, D<sup>a</sup> Evangelina, D<sup>a</sup> Ángela y D. Eladio, D<sup>a</sup> María Angeles y D. Ernesto, D<sup>a</sup> Herminia, D<sup>a</sup> María Purificación, D<sup>a</sup> Adolfinia, D. Feliciano y D<sup>a</sup> Carolina, D. Florian, D. Eliseo y D<sup>a</sup> Angustia, D. Geronimo, D. Gustavo, D<sup>a</sup> Begoña, D<sup>a</sup> Bibiana, D. Felipe, D<sup>a</sup> Caridad, D. Isidro, D<sup>a</sup> Felisa y D. Justo, D. Lázaro, D<sup>a</sup> Marina, D<sup>a</sup> Melisa, D. Marcelino, D<sup>a</sup> Encarna y D. Maximiliano, D<sup>a</sup> Eugenia, quien actúa en su propio nombre y en beneficio de la comunidad que mantiene con su marido D. Olegario, D<sup>a</sup> Virtudes, D<sup>a</sup> Antonieta, D<sup>a</sup> Aurora, contra **ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, SA** representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Belo González, y asistida por el Letrado Sr. Rodríguez Cárcamo (sustituido en el acto de la audiencia previa por su compañera la Letrada Sra. Rodríguez Conde), siendo parte en este procedimiento el **MINISTERIO FISCAL** representado por el Sr. Aguirre Seoane.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la representación procesal de la parte actora, se presentó, telemáticamente, en fecha 7 de julio de 2016, demanda en el ejercicio de una acción de restitución, colectiva, en defensa de los intereses de **consumidores** y usuarios, en reclamación de cantidad, contra ABANCA, en la que fijó la cuantía de la demanda como indeterminada, la cual una vez fue turnada correspondió, por reparto, su tramitación a este Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña.

En la citada demanda señalaba la parte actora, expuesto, ahora, en síntesis, que:

Las entidades CAIXA GALICIA, CAIXANOVA y NCG BANCO, SA (hoy ABANCA) concertaron con sus clientes una serie de préstamos con garantía hipotecaria con tipo de interés variable estableciendo en el clausulado de esos contratos una limitación de la variación a la baja de los tipos de interés, conocida como cláusula suelo, la cual fue declarada nula por Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013.

Fruto de la citada resolución, refiere la parte actora, que:

- Se eliminaron las cláusulas "suelo" o de limitación de variabilidad del tipo de interés a la baja de los contratos afectados por la misma;

- Si bien no se procedió, por la demandada, a la restitución de las cantidades pagadas de más por los **consumidores** y usuarios con motivo de la aplicación de la cláusula declarada nula.

Por lo que, expuestos los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación finalizó con la súplica en la cual interesaba se dicte sentencia por la que se acuerde:

1º.- La declaración de la eficacia ex tunc del efecto restitutorio inherente a la nulidad de la cláusula suelo inserta en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria de tipo de interés variable con inserción de una cláusula suelo que fue declarada nula en virtud de Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (rec. 485/2012)

2º.- En consecuencia, se condene a la entidad demandada, ABANCA a pasar por la anterior declaración, así como a restituir a los **consumidores** perjudicados las cantidades que se determinen en ejecución de sentencia sobre la base de las cantidades cobradas en exceso que restan por abonar por parte de la entidad calculadas estas desde la fecha de contratación de los préstamos con garantía hipotecaria y hasta el momento en que fue eliminada la cláusula suelo de la operatividad de los préstamos (09/05/2013), con los intereses legales correspondientes;

3º.- Se condene a la entidad financiera demandada al pago de las costas procesales.

La sentencia que se dicte determinará las condiciones de los **consumidores** para poder adherirse a la ejecución de la Sentencia definitiva, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 519 de la LEC, condiciones que, a juicio de la actora, son las establecidas en el hecho cuarto de la demanda.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la anterior demanda, previa subsanación de los defectos formales de los que adolecía la misma, por Decreto de la Sra. Letrada de la Admón. de Justicia, de fecha 30 de noviembre de 2016, se acordó dar traslado de la misma, y de sus documentos adjuntos y del decreto de admisión, a la parte demandada, para contestar a ella, por término de 20 días, con los apercibimientos legales e inherentes a este emplazamiento.

De igual modo, se acordó dar traslado de la interposición de la presente demanda al Ministerio Fiscal, al objeto de valorar la posibilidad de su personación en autos, habida cuenta del objeto del litigio.

Consta en los autos que la demanda, documentos adjuntos y el Decreto de 30/11/2016 fueron notificados a la demandada, en fecha 21/12/2016, así se desprende de la diligencia de notificación, y emplazamiento practicada por el SCACE del Decanato de los Juzgados de A Coruña.

**TERCERO.-** En fecha 22 de diciembre de 2016 se personó en autos el Ministerio Fiscal señalando, en su escrito, en síntesis, que "(...) Por el momento es prematuro pronunciarse sobre el fondo del asunto. Nuestra posición definitiva dependerá del resultado de las pruebas y se fijará en el momento procesal oportuno, una vez se hayan podido valorar los argumentos en que las partes fundamentan sus respectivas pretensiones (...)".

Por lo que, interesó se le tenga por personado y parte en el procedimiento.

**CUARTO.-** En fecha 20 de enero de 2017 se registró, telemáticamente, el escrito de contestación a la demanda por la representación procesal de la demandada ABANCA.

En la citada contestación, la demandada, se oponía a las pretensiones de la parte actora, señalando expuesto, ahora, muy esquemáticamente, que:

1º.- En el presente procedimiento refiere que, por la actora, se ejercitan una acción de cesación y otra de restitución en defensa de los intereses colectivos de los **consumidores** y usuarios respecto de las cláusulas de limitación a la baja de la variación de los tipos de interés, cláusula suelo, que fueron declaradas nulas por STS de fecha 9 de mayo de 2013.

2º.- En lo que respecta a la declaración de nulidad de este tipo de cláusulas, y, en su caso, sus efectos restitutorios, entiende la parte demandada que se producen varios escenarios que describe en su contestación:

- El primero: las cláusulas suelo de las tres entidades financieras que fueron parte en el procedimiento en el que se dictó por el Tribunal Supremo Sentencia, en fecha de 9 de mayo de 2013, son nulas, mientras respecto de las demás entidades financieras no condenadas las mismas deben ser examinadas, por los tribunales, para determinar si son, o no, abusivas y por ello nulas;

- El segundo: en lo que respecta a los efectos restitutorios las entidades deberán devolver las cantidades pagadas en aplicación de las citadas cláusulas, reseñando como salvedad los casos en los que concurran las instituciones COSA JUZGADA, y de PRESCRIPCIÓN.

A la luz de las manifestaciones realizadas por la demandada en su contestación entiende la misma que en este caso concurre:

A) El instituto de cosa juzgada ello por cuanto:

- Abanca fue parte en el procedimiento en el que recayó la Sentencia del TS de fecha 9 de mayo de 2013. Ello es así por cuanto aun cuando en ese procedimiento no se ejercitaron concretas acciones restitución lo cierto es que la Sentencia sí se pronunció sobre la devolución de cantidades abonadas cuando limitó su eficacia respecto de los pagos realizadas hasta ese momento.

B) Por otro lado, entiende, asimismo, la demandada, que concurre el instituto de la PRESCRIPCIÓN en tanto que:

- La acción de nulidad de la cláusula suelo no puede equipararse a una situación de nulidad radical o inexistencia de contrato que deba dar lugar a la imprescriptibilidad de la acción.

- Además, distingue entre lo que es la acción declarada de nulidad que si puede ser imprescriptible de la acción de restitución de cantidades las cuales están dirigidas a obtener la devolución de lo entregado en virtud del negocio jurídico nulo, las cuales si estarían, según refiere, sujetas a plazo de prescripción.

En cuanto a la prescripción señala, también, la demandada que el pago de intereses está sujeto a un plazo de cinco años, por lo que su reintegro estaría sujeto a dicho plazo.



C) Se opone la demandada señalando que la acción estaría, en su caso, caducada por el transcurso del plazo de cuatro años que se aplica tanto a los supuestos de nulidad radical como de nulidad total como de ineficacia.

D) Finalmente, señala, con carácter subsidiario que, en todo caso, no procedería la devolución de las cantidades con el pago del interés legal respecto de las que haya que reintegrar en concepto de principal.

Por lo que, la demandada después de exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación finalizó con la súplica en la que interesaba se dicte en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, absolviendo en ella a mi representada, con expresa imposición de las costas causadas a la parte actora.

**QUINTO.-** Por diligencia de ordenación, de fecha 4 de mayo de 2017, se acordó alzar la suspensión del curso del procedimiento acordada por Decreto de fecha 30/11/2016. Ello al haber transcurrido el plazo previsto para el llamamiento de quienes tengan, o pudieran tener, la condición de perjudicados por ser **consumidores** o usuarios de los servicios que dieron origen al presente proceso.

Por Auto, de fecha 22 de enero de 2018, se acordó admitir la intervención en el presente procedimiento, considerándolos como parte en los términos fijados en la parte dispositiva de la citada resolución, a quienes no fueron inicialmente parte actora en el presente proceso.

**SEXTO.-** Por diligencia de ordenación, de fecha 9 de febrero de 2018, se acordó admitir a la trámite la contestación a la demanda señalándose fecha para la celebración de la audiencia previa, quedando la misma fijada para el día 20 de febrero de 2018.

**SEPTIMO.-** Llegado el día de celebración de la audiencia previa a la misma comparecieron las partes procesales debidamente representadas y asistidas de letrado, haciéndolo, asimismo, el Ministerio Fiscal.

Así que, abierto el acto, no siendo posible llegar a un acuerdo, ambas partes, se afirmaron y ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación a la demanda, proponiendo prueba a continuación, en los términos que constan en las minutas detalladas de prueba unidas a los autos, siendo las mismas admitidas y declaradas pertinentes en los términos reflejados en el acta de grabación de vista.

Por lo que, siendo la única prueba admitida y declarada pertinente la propuesta como la documental, unida ya a los autos, se dio traslado para conclusiones a la parte actora y a la demandada, quienes se ratificaron en las pretensiones expuestas en sus escritos. Así que, concedida la palabra para informe al Ministerio Fiscal el mismo se adhirió al motivo de oposición a la demanda planteado por la demandada estimando que, en este caso, concurre la excepción de cosa juzgada.

De forma que, emitido informe por el Ministerio Fiscal, quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

**OCTAVO.-** En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales, con excepción del plazo para dictar sentencia por la materia objeto del presente procedimiento y la excesiva carga de trabajo de los Juzgados de lo Mercantil.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Objeto del Proceso.

En este procedimiento, como se expuso en los antecedentes de hecho de la presente resolución, si bien es necesario hacer mención expresa a ello, se ejercita, por la actora, una acción restitutoria, en reclamación de cantidad, entablado, frente a la demandada, una acción de naturaleza colectiva en defensa de los intereses de los **consumidores** y usuarios para lo que está especialmente legitimada la demandante ACOUGA.

Tal mención es necesaria por cuanto señala la demandada, en su contestación, que esta acción sería accesoria a la que se entiende ejercitada, con carácter principal, por la actora que, según cita, sería la de una acción de cesación para la declaración de nulidad de las cláusulas suelo contenidas en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, en los que siendo parte la actual demandada, ABANCA, antes CAIXA GALICIA, CAIXANOVA y NCG BANCO, SA, tuvieran incluida entre su clausulado una estipulación en la que se venía a limitar la variación a la baja del tipo de interés aplicable al contrato, conocida como cláusula suelo.

Pues bien, tal apreciación o matiz que, trató de introducir, en este proceso, la demandada, amparándose en una interpretación subjetiva, cuando no interesada, del contenido de la demanda, y del error en el cual se incurrió al redactar el Decreto de admisión de 30/11/2016 (que habla de acción de cesación) es del todo inexacta por cuanto la pretensión de la demandante en el proceso se limita, en su petitum, como se deprede con claridad del SUPPLICO de su demanda a instar:



Primero, la declaración de la eficacia ex tunc del efecto restitutorio inherente a la nulidad de la cláusula suelo inserta en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria de tipo de interés variable con inserción de una cláusula suelo que fue declarada nula en virtud de Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (rec. 485/2012)

Y segundo, a promover la condena de la demandada, ABANCA a restituir a los **consumidores** perjudicados las cantidades que se determinen en ejecución de sentencia sobre la base de las cantidades cobradas en exceso que restan por abonar por parte de la entidad calculadas estas desde la fecha de contratación de los préstamos con garantía hipotecaria y hasta el momento en que fue eliminada la cláusula suelo de la operatividad de los préstamos (09/05/2013), con los intereses legales correspondientes.

Es evidente, además, que el error cometido en la identificación de la acción entablada por la actora en el Decreto de admisión ninguna indefensión puede provocar, a la demandada, en este punto. Por cuanto: por un lado, no formuló recurso de reposición frente al Decreto, en tiempo y forma, y ello aun cuando era claro el error a tenor del contenido de la demanda y de su suplico; y, por otro lado, tampoco se suscitó al tiempo de contestar a la demanda ninguna cuestión procesal (ex artículo 416.5 de la LEC) dirigirá a poner de manifiesto ese hecho, por lo que en atención al contenido de la contestación se presume que tanto al acción ejercitada por la actora, como sus pretensiones eran perfectamente conocidas y cognoscibles por la demandada.

Ahora bien, cabe adelantar ya que aun cuando ello hubiera sido así (lo que no acaece en este caso), tal circunstancia determinaría, únicamente, la inadmisión de la acción de cesación, que hubiera sido entablada en los términos que reseña la demandada, y ello por carencia de objeto.

De forma que, centrado el objeto del litigio en los términos en que ha quedado expuesto, y conocidos por motivos de oposición a la pretensión de la actora, esgrimidos por la demandada, estos se sintetizan en los siguientes puntos:

- Cosa Juzgada;
- Prescripción de la acción entablada; y prescripción del lapso temporal para la reclamación de intereses;
- Caducidad de la acción;
- Con carácter subsidiario la improcedencia de la reclamación de intereses respecto de las cantidades que deben ser reintegradas en concepto de principal.

Se ha de entrar a conocer de los motivos de oposición y su examen por cuanto las cuestiones suscitadas en esta contienda tienen una naturaleza eminentemente jurídica y no tanto fáctica.

**SEGUNDO.-** Vinculación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

En el procedimiento que nos comprende partiendo de las pretensiones de la parte actora que no son otras que los efectos de la retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo desde la fecha de su indebida aplicación- incluso anteriores al 9 de mayo de 2013-, que, a estos efectos refiere la demandada que, en cuanto a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, quedó resuelta por Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de mayo de 2013 no siendo de aplicación la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que es de fecha posterior STJUE de 21 de diciembre de 2016. Señalando al tiempo que, la parte actora, aplica la Sentencia del TJUE que es posterior a la fecha de interposición de la demanda. Conviene hacer una serie de consideraciones previas.

La protección de los **consumidores** y usuarios según el artículo 4.2.f) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, es una competencia compartida de la Unión Europea con los Estados Miembros, estableciendo el artículo 2.2 que "los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercitado la suya".

La Unión Europea de conformidad con la atribución competencial fijada en el Tratado y sus artículos 14, 169 y 288, con una finalidad armonizadora de las disposiciones nacionales, legisló en materia de protección de **consumidores** y usuarios en relación a cláusulas abusivas a través de la Directiva 93/13/CEE. Directiva que sólo obliga a los Estados en cuanto al resultado, dejando a las autoridades nacionales la elección de forma y medios. España al prever en su legislación interna la facultad de los jueces de integrar y moderar las cláusulas afectadas, tras puso de forma indebida la obligación establecida en el artículo 6 de establecer en sus normas nacionales de trasposición que las cláusulas abusivas no vinculen a los **consumidores** y usuarios.

En un primer momento, con la modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los **consumidores** y usuarios, introduciendo un novedoso artículo 10 bis, a través de la disposición adicional primera de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Y en un segundo momento, cuando procedió a refundir la Ley General para la defensa de los **Consumidores** y Usuarios y otras



leyes complementarias que traspusieron directivas comunitarias, con el Real Decreto Legislativo 1/2007 (en adelante TRLGDCU o RD 1/2007), de 16 de noviembre, cuya inicial redacción del artículo 83.2 establecía que "el Juez que declare la nulidad de las cláusulas abusivas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes" (...) "y de las consecuencias de su ineficacia".

Tras el dictado de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2014, en el asunto C-618, Banesto vs Joaquín Calderón, que sostuvo que España no había adaptado correctamente a su Derecho interno, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, por Ley 3/2014, de 27 de marzo, se procedió a modificar el artículo 83 del RDL 1/2007, estableciendo que "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas".

Desde la Sentencia nº 106/1977, de 9 de marzo de 1978, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, (asunto SIMMENTHAL), en correlato lógico al principio de primacía aplicativa, una vez dilucidado el conflicto entre normas internas y comunitarias con arreglo al principio de competencia y no de jerarquía, se estableció que el juez nacional por su propia autoridad estaba obligado a inaplicar normas legales nacionales en el supuesto de considerarlas incompatibles con el Derecho Comunitario. Salvo, que el Derecho Comunitario suscitase dudas interpretativas o de validez, en cuyo caso el Juez nacional carecería de tal facultad, en tanto con carácter previo debería activar la cuestión prejudicial, aclarada por el propio Tribunal de Justicia con la sentencia 6 de octubre de 1982, asunto CLIFIT, para las cuestiones interpretativas, y con la sentencia de 22 de octubre de 1987, asunto FOTO - FROST, para las cuestiones de validez.

Conforme a esta doctrina, en el caso de que una norma nacional contradijera el tenor literal de la "no vinculación" de las cláusulas abusivas para los **consumidores** y usuarios que establece el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, el juez nacional con arreglo al principio de primacía del Derecho comunitario debiera inaplicar la ley nacional por su propia autoridad y observar el Derecho comunitario. Sin necesidad de plantear cuestión de prejudicial alguna, como es el caso, cuando la correcta aplicación del Derecho Comunitario sea tan evidente que no haya duda razonable (STJCE de 6 de octubre de 1982, asunto CLIFIT).

En el presente supuesto, dado que el artículo 83 RDL 1/2007 fue reformado para trasponer debidamente el artículo 6.1 de la Directiva conforme a la doctrina establecida por la STJUE de 14 de junio de 2012, no estamos ante una colisión de norma legal con Derecho comunitario, sino ante una probable colisión de jurisprudencia nacional con el artículo 6.1 de la Directiva y el bloque jurisprudencial en torno a él del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Y aunque no se comparte la doctrina del Tribunal Supremo sobre la limitación de efectos de la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas por falta de transparencia, ni mucho menos la interpretación dada por algunas entidades de crédito para limitar los efectos de la restitución al momento en que en cada caso en concreto se declare la nulidad de una cláusula, ni se entienda aplicable al caso de autos al no apreciarse buena fe objetiva en la conducta de la entidad bancaria, su observancia resultaría contradictoria con el sistema de fuentes en tanto dado que la protección de **consumidores** y usuarios es competencia compartida del Estado con la Unión Europea y ésta ya ha legislado al respecto, no puede seguirse una doctrina jurisprudencial que carece de fuerza vinculante al solo complementar el ordenamiento nacional y sus criterios resultar contradictorios no sólo con el propio artículo 83 del RDL 1/2007, sino con la Directiva comunitaria traspuesta y la doctrina al respecto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que es el intérprete exclusivo del Derecho comunitario. Cuya jurisprudencia al igual que la del Tribunal Constitucional y a diferencia de la del Tribunal Supremo, es fuente material de Derecho y debe ser preceptivamente observada por jueces y tribunales al contar con un carácter vinculante, habiendo establecido con claridad que *la no vinculación a los **consumidores** de las cláusulas abusivas que establece el artículo 6 de la Directiva, es absoluta, incondicional y sin posibilidad alguna de moderación o limitación.*

En materia de protección de **consumidores** y usuarios frente a cláusulas abusivas que definan el objeto principal del contrato, es decir, que versen sobre el juego de las contraprestaciones, aunque el fundamento resida en el déficit de conocimiento del adherente, la tutela no se brinda con arreglo a la doctrina de los vicios de consentimiento por error. Por la debilidad del consentimiento al incorporarse las cláusulas impuestas o no negociadas individualmente por la sola adhesión del **consumidor**, *la doctrina del error se muestra inoperante y se protege a los **consumidores** y usuarios a través de normas imperativas imponiendo al predisponerte no sólo la redacción de las cláusulas de manera clara y comprensible, sino la obligación de informar de buena fe, determinando la contravención la nulidad de pleno derecho*. Aunque existen tesis como la sostenida en el voto particular de la STS de 24 de marzo de 2015 sobre que estamos ante una ineficacia in strictu sensu o funcional, según la ley española y la directiva comunitaria, estamos ante un supuesto de invalidez o ineficacia estructural por contravenir norma imperativa. Y, en consonancia con lo previsto en el artículo 6.3 del Código Civil, al no reverse ningún efecto distinto para el caso de su contravención, conforme determina el *artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC) y 83 RDL 1/2007, los*



*actos contrarios a ella son nulos de pleno derecho y, por tanto, no susceptibles de convalidación, confirmación o prescripción y las cláusulas viciadas por su nulidad deben tenerse "por no puestas".*

No puede acogerse, por ello, la postura de la entidad de crédito de limitar la devolución de cantidades en atención a la doctrina establecida por la STS de 9 de mayo de 2013. Con independencia de la publicación de cualquier sentencia declarativa, en nuestro Derecho, conforme determina el artículo 6.1 del Código Civil, "la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento". Y, además, del derecho al control judicial de transparencia por el efecto directo de carácter vertical del artículo 4.2 de la Directiva 13/93/CEE no traspuesta (SSTJUE de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn y de 5 de abril de 1979, Ratti), estaban en vigor los artículos 5 de la LCGC y los citados de la ley de defensa de los **consumidores** y usuarios, de los cuales se extrae la obligación de los predisponente de facilitar la adhesión de los **consumidores** con la debida transparencia. Y, es precisamente por contravenirse estas normas imperativas, por lo que se constata la contrariedad a las exigencias que la buena fe impone a los predisponentes, por lo que difícilmente podría considerarse que la entidad de crédito actuó de buena fe, al menos en el plano objetivo, al imponer las cláusulas que se declararon nulas.

No obstante, aunque se barajase la posibilidad de analizar la existencia de una buena fe no sólo objetiva, sino además o exclusivamente "psicológica" a la fecha de la publicación de la STS de 9 de mayo de 2013, obligaría al Juzgado a cuestionarse el sistema de fuentes del Derecho respecto del cual se siente vinculado y a realizar una interpretación de Derecho comunitario no reconocida en la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Por consiguiente, a tenor del artículo 83 RDL 1/2007, en concordancia con el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que fundamenta su doctrina en que las excepciones a la no vinculación de las cláusulas abusivas ponen en peligro la consecución del objetivo previsto en el artículo 7 de la Directiva al privar de su "efecto disuasorio para los profesionales", se tiene por no puesta la cláusula declarada nula por falta de transparencia. Y, dado la naturaleza declarativa de la nulidad de pleno derecho, a diferencia del carácter constitutivo de la anulabilidad, cuyos efectos son ex nunc y no ex tunc, en los términos previstos en el artículo 1303 del Código Civil, lo procedente- sin perjuicio de examinar en su caso la concurrencia o no de los institutos de la cosa juzgada; caducidad; y/o prescripción- es la restitución de las prestaciones sin limitación alguna. Y, en consecuencia, la condena a la entidad bancaria a recalcular las cuotas hipotecarias sin la aplicación del límite a la baja de la variación del índice de referencia.

Esta cuestión, la relativa a la fecha de retracción del pago de intereses, es cuestión que ya carece de trascendencia, al haberse hecho pública la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016, que resolvía las cuestiones prejudiciales acumuladas C-154/15, C-307/15 y C-308/15, que declara que "el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 2, de dicha directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un **consumidor** por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de una resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión".

Todo ello sin olvidar que, en este caso, aun cuando es cierto que la sentencia del TJUE es de fecha 21 de diciembre de 2016, y que la demanda rectora de este procedimiento se presentó el 7 de julio de 2016, el hecho de ajustar en el curso del proceso la pretensión a la resolución dictada por el TJUE ninguna indefensión causa a la parte demandada, quien durante su sustanciación conoció de la existencia de esta sentencia, y de su contenido, pudiendo debatirse sobre ello en el seno del proceso (ex artículo 426.3 de la LEC). Ello sin omitir tampoco que la parte demandante en cuanto a su pretensión reclama los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo sin limitación temporal, estableciendo en el suplico de su demandada que se condene a la demandada a restituir a los **consumidores** perjudicados las cantidades que se determinen en ejecución de sentencia sobre la base de las cantidades cobradas en exceso que restan por abonar por parte de la entidad calculadas estas desde la fecha de contratación de los préstamos con garantía hipotecaria y hasta el momento en que fue eliminada la cláusula suelo de la operatividad de los préstamos (09/05/2013), con los intereses legales correspondientes.

### **TERCERO.-** Cosa juzgada

Comenzando, eso si ahora, como obliga la lógica resolutoria por el primero de los motivos de oposición, referido a la excepción de cosa juzgada, se ha de adelantar ya que la misma debe ser desestimada ello en tanto que: la STS de 9 de mayo de 2013 solo decidió sobre una acción de cesación por nulidad, dada su abusividad, de la cláusula, y ello es así por cuanto AUSBANC, no artículo ninguna pretensión restitutoria, si bien el TS como



es sabido al final de la Sentencia el TS declaró en qué términos debería entenderse y limitarse la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia, proponiendo la ya célebre doctrina de la no retroactividad que fue posteriormente rectificadas. Ahora bien, ninguna pretensión de condena de naturaleza restitutoria se entabló y menos se fijó en el fallo, y se adoptó, por el TS, a este respecto, en la ya citada sentencia.

La pretensión ejercitada en el procedimiento que dio origen a la STS de 9 de mayo de 2013 es diferente a la entablada en el presente procedimiento en el primero era el ejercicio de una acción de cesación y en el presente de restitución y reclamación de cantidad, y lo dispuesto en el artículo 400.2 de la LEC no obliga al litigante a formular en una misma demanda todas las pretensiones que en relación a unos mismos hechos tenga contra el demandado.

Esta interpretación es la que resulta más acorde con la letra y el espíritu de los preceptos reguladores de ambos institutos (preclusión y cosa juzgada) y con el principio "pro actione" y el derecho a la tutela judicial efectiva, desde cuya óptica, nuestros más Altos Tribunales, han venido precisando el alcance y contenido del artículo 400.2 de la LEC. Así, el Tribunal Supremo en Sentencias de 19 de noviembre de 2014, de febrero de 2016, y 21 de julio de 2016 dice en la primera de ellas, que dicho precepto, "permite tener por deducidos todos los hechos y fundamentos o títulos jurídicos en que el demandante pudiera haber fundado lo pretendido en su demanda, hayan sido alegados efectivamente en la demanda o no lo hayan sido pero no permite tener por formulado un pedimento, a efectos de litigios posteriores, que efectivamente no lo hayan sido en el litigio anterior. La preclusión alcanza solamente a las causas de pedir deducibles pero no deducidas, no a las pretensiones deducibles pero no deducidas". Y en la última de dichas sentencias señala que "(...) la ley establece una verdadera preclusión en alegaciones de hechos y fundamentos que apoyan la acción, pero en forma alguna determina el objeto de la pretensión sobre la que ha de decidir exclusivamente el demandante. Extiende por ello la cosa juzgada material a todas las posibles "causas de pedir" con que pudiera contar el demandante al momento de formular su demanda pero únicamente respecto a la concreta pretensión que formula".

Y en el mismo sentido nuestro Tribunal Constitucional (Sentencias 71/2010 18 octubre, 106/2013 6 de mayo) "(...) los artículos 222.2 y 400.2 ambos de LEC se refieren a hechos y alegaciones que pudieron ser aducidos en un procedimiento anterior, pero no a la formulación de pretensiones que permanezcan imprejuicadas y respecto de las cuales no hubiese prescrito o caducado la acción procesal (...)".

Significa lo dicho, que la sentencia pasada en cosa juzgada "precluye" la posibilidad de una demanda en un nuevo proceso para plantear nuevos argumentos que habrían podido ser planteados al juez en el anterior litigio, pero siempre- se entiende- dentro de los límites objetivos de la acción ejercitada (esto es, el mismo "petitum" y la misma "causa petendi"). Y difícilmente puede afirmarse que exista la identidad objetiva ex artículo 222.1 de la LEC, ni identidad de pedimentos o petitum ex artículo 400.1 y 2 de la LEC, en un caso como el presente, en el que en el primer proceso únicamente se pidió la cesación de las cláusulas suelo impugnadas y no se solicitó ninguna consecuencia vinculada a la misma y por ende, ninguna restitución de lo indebidamente abonado por causa de tal nulidad.

El hecho de que la restitución recíproca de prestaciones constituya una consecuencia lógica y obligada de la nulidad negocial y de que la presente reclamación económica pudiera ser solicitada en el primer procedimiento e incluso declarada por propia iniciativa o ex officio por el Juzgador, no significa que exista un imperativo legal para que el demandante o el tribunal tenga necesariamente que hacerlo, pues se trata de pretensiones de distinta naturaleza y perfectamente separables en su ejercicio, por más que la primera presuponga la segunda.

Cabe también añadir, en contra de la interpretación propugnada por la demandada, ABANCA, claramente expansiva del principio de preclusión en su vertiente de cosa juzgada, dos últimas consideraciones; por un lado, que como se desprende de la citada STS de 21 de julio de 2016, la situación de quien pide en un primer proceso la declaración de la existencia de su derecho para dejar la determinación de la deuda para un procedimiento posterior es similar al derecho que permite ejercitar el artículo 219.3 de la LEC ("se permitirá al demandante solicitar, y al tribunal sentenciar, la condena al pago de cantidad de dinero, frutos, rentas, utilidades, o productos cuando esta sea exclusivamente la pretensión planteada, y se dejen para un pleito posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades"); y por otro lado, que la doctrina jurisprudencial que en exégesis del artículo 1303 del Código Civil ha venido considerando innecesaria la petición expresa del acreedor para imponer la restitución de las prestaciones realizadas es una doctrina que se refiere a anulación de contratos no de alguna de sus cláusulas y que fundamentalmente pretende salir al paso de la posibilidad de que en los casos de contratos sinalagmáticos- o con obligaciones recíprocas- una de las partes pueda quedar privada de la restitución de sus prestaciones por no haberlo solicitado, lo que obviamente supondría un enriquecimiento injusto para la contraria. No es sin embargo el supuesto presente ya que la nulidad que se pidió y se acogió en el primer procedimiento ( STS de 9 de mayo de 2013), no fue la de todo el contrato de préstamo, sino la de una de sus cláusulas (cláusula suelo) quedando plenamente vigente el resto de las condiciones pactadas. No vienen por ello ambas partes obligadas a una recíproca devolución de prestaciones, sino tan solo una de





ellas (el banco demandado) a devolver las sumas indebidamente cobradas por virtud de la cláusula anulada. Resultaría así paradójico que una doctrina jurisprudencial nacida para evitar el enriquecimiento injusto de una de las partes contratantes, sirviera para conseguir exactamente lo contrario.

En relación a la cosa juzgada el art. 222.1 de la LEC establece que "la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo".

Dicho precepto contempla el efecto negativo de la cosa juzgada, que impide que los Juzgados y Tribunales entren a examinar y resolver sobre el fondo de cuestiones que ya han sido objeto de resolución mediante sentencia firme siempre y cuando concurra en ambos procesos el requisito de la triple identidad.

Por otra parte el art. 223.3 de la LEC establece que la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos no litigantes titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes.

Estos preceptos han de ponerse en relación con el art. 221.1º y 2º del mismo texto que enumera los requisitos que han de cumplir las sentencias que se dicten en procesos promovidos por asociaciones de **consumidores** y usuarios estableciendo que, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de **consumidores** o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:

1ª.- Si hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los **consumidores** y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

2ª.- Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los **consumidores** y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

3ª.- Si se hubieren personado **consumidores** o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

En cuanto al alcance de la cosa juzgada de las resoluciones judiciales según doctrina del Tribunal Supremo, se debe tener presente que: La STS de 15 de julio de 2004 (RJ 2004, 4690), con invocación de las SSTs de 10 de junio de 2002 (RJ 2002, 5255) y 31 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 641) resumen las directrices jurisprudenciales en estos términos: "A) La intrínseca entidad material de una acción permanece intacta sean cuales fueren las modalidades extrínsecas adoptadas para su formal articulación procesal ( SSTs 11/03/1985 (RJ 1985, 1137) y 25/05/1995 (RJ 1995, 4265)). B) La causa de pedir viene integrada por el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora ( STS 03/05/2000 (RJ 2000, 3191)) o, dicho de otra forma, por el conjunto de hechos jurídicamente relevantes para fundar la pretensión ( SSTs 19/06/2000 (RJ 2000, 5291) y 24/07/2000 (RJ 2000, 6193)) o título que sirve de base al derecho reclamado ( SSTs 27/10/2000 (RJ 2000, 8487) y 15/11/2001 (RJ 2001, 9457)). C) La identidad de causa de pedir concurre en aquellos supuestos en que se produce una perfecta igualdad en las circunstancias determinantes del derecho reclamado y de su exigibilidad, que sirven de fundamento y apoyo a la nueva acción ( STS 27/10/2000 (RJ 2000, 8487)). D) No desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando, mediante el segundo pleito, se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, porque no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, o no pudieron demostrarse o el juzgador no los atendió ( SSTs 30/07/1996 ( RJ 1996, 6413), 03/05/2000 (RJ 2000, 3191) y 27/10/2000 (RJ 2000, 8487)). E) El juicio sobre la concurrencia o no de la cosa juzgada ha de inferirse de la relación jurídica controvertida, comparando lo resuelto en el primer pleito con lo pretendido en el segundo ( SSTs 03/04/1990 ( RJ 1990, 2693), 31/03/1992 ( RJ 1992, 2315), 25/05/1995 (RJ 1995, 4265) y 30/07/1996 (RJ 1996, 6413)). "Como ha señalado el Alto Tribunal en la sentencia de 17 de junio de 2.011 (RJ 2011, 4640), la cosa juzgada es el efecto que se deriva de la terminación del proceso en virtud de una sentencia definitiva, dos son los aspectos desde los que puede ser considerada a tenor de la doctrina procesalista: uno, la cosa juzgada formal, que es la que se produce en el mismo proceso, impidiendo recurrir una resolución judicial que ha ganado firmeza por haberse agotado los recursos ordinarios o extraordinarios de que era susceptible; y otro, la cosa juzgada material en su doble manifestación, la positiva, que implica la vinculación en un proceso posterior de la sentencia recaída en el anterior, y la negativa o preclusiva, que impide



que en el segundo proceso pueda resolverse sobre las pretensiones que fueron objeto del primero, esto es, la imposibilidad de un proceso ulterior sobre lo que ha versado el proceso ya terminado en virtud de resolución judicial firme. *Pues como señala el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la cosa juzgada de las sentencias firmes, excluirá conforme a la ley un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en el que se produjo.*

El efecto excluyente o negativo de la cosa juzgada se rige por la regla de la identidad. Excluye otro proceso entre las mismas partes por el mismo objeto e idéntica causa de pedir. Por esa razón, la comparación entre la demanda de ambos pleitos dará la pauta a seguir. Y en este caso la demanda interpuesta en el procedimiento que resuelve el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088) es una acción colectiva de cesación, que concluye con la declaración de nulidad de las cláusulas suelo consideradas abusivas por el Tribunal, entre ellas las impuestas por el ABANCA en escrituras de préstamos hipotecarios a sus clientes. En el presente procedimiento se solicita, en el ejercicio de una acción de restitución, la retroacción de los efectos de la nulidad con devolución de las cantidades abonadas por los intereses, existe relación con aquel procedimiento, las conclusiones alcanzadas por el Alto Tribunal afectan y deben ser tenidas en cuenta en el presente, en cuanto a la declaración de nulidad, efecto positivo de la cosa juzgada.

La pretensión entablada que dio lugar a la STS de 9 de mayo de 2013 resolvía una acción de cesación dirigida a obtener una sentencia de condena, respecto de las demandadas, a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, desplegando la decisión judicial sus efectos hacia el futuro, porque el diseño legal de la acción de cesación así lo configura.

Esa acción ejercitada de cesación, y resulta por el TS, es distinta en el caso aquí planteada. Su régimen jurídico diverso, aunque contenido en la misma norma. Desde luego que los efectos podrían haber sido parejos, puesto que el párrafo segundo del art. 12.2 de la LCGC permite que se acumule a la acción de cesación, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones. Pero la demanda no plantea, vistos los términos de su solicitud que aparecen en el antecedente de hecho primero de la STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088), rec. 485/2012, la acción accesoria de devolución de cantidad, como sucede en la acción que se ejerce en este procedimiento.

Debe insistirse sobre el particular, la demandante no persigue la expulsión de las cláusulas suelo que ya han sido declaradas nulas, lo que pretende y la acción que se ejercita es la restitutoria respecto de las cantidades que fueron indebidamente cobradas por ABANCA.

Finalmente, y en lo que respecta a la eficacia de la STS, la misma no contiene un pronunciamiento de condena a restituir las cantidades ingresadas indebidamente a la demandada con motivo de la aplicación de las cláusulas declaradas nulas, en tanto no se entabló por la actora una acción de restitución, siendo indiferente, en este punto, la eficacia del fallo, ex nunc o desde ahora, que si bien en el caso de la acción de cesación será a partir del momento en que se adopta hacia el futuro ("en lo sucesivo" dice el art. 12.2 de la LCGC), mientras que será ex tunc o desde siempre, en el caso de la acción de restitutoria por lo expuesto en el fundamento jurídico segundo de esta resolución, sin perjuicio de su posterior precisión. De ahí que en cuanto a la irretroactividad de la fallo de la STS, en tanto lo que se resuelve es una acción de cesación ello se refiere a la acción de cesación supone que las condiciones nulas no podrán usarse "en lo sucesivo".

En definitiva, acciones contempladas en la misma norma, la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, dan lugar a regímenes jurídicos diversos, pues la de cesación que analizó el Tribunal Supremo en la sentencia tantas veces mencionada, tiene una legitimación activa restringida, es imprescriptible y surte efectos sólo hacia el futuro, pues su finalidad es que cese la eficacia jurídica de una previsión contractual. Nada de eso acontece en el caso aquí analizado.

Así que, aplicando lo anterior al supuesto objeto de enjuiciamiento se ha de concluir que no concurre el instituto de cosa juzgada, en los términos manifestados por la demandada, debiendo desestimarse este motivo de oposición de la parte demandada, sin olvidar que en aquella demanda no se reclamaba la devolución de las cantidades entregadas de más en concepto de intereses por los afectados. El Tribunal Supremo no podía resolver esta cuestión, en cambio, en el presente procedimiento la actora reclama precisamente estas cantidades abonadas con anterioridad a que la cláusula suelo fuese declarada nula.

**CUARTO.-** Caducidad/ prescripción. Imprescriptibilidad de la acción de nulidad de pleno Derecho por infracción de norma imperativa

Aduce la demandada que la acción ejercitada ha caducado, o en su caso ha prescrito por el transcurso de más de cuatro años desde la fecha de la contratación conforme al artículo 1301 en relación con el art. 1969 del Código Civil, por transcurso del plazo de cuatro años.



El motivo debe ser desestimado por cuanto la acción ejercitada en la demanda no es la de anulabilidad por vicio de consentimiento, sujeta al plazo de ejercicio de cuatro años previsto en el art. 1301 del CC, como se pretende en el recurso, sino una acción de nulidad de pleno derecho fundada en los artículos arts. 8.2 y 9 LCG y 83 de la TRLGDCU, acción que ni caduca, ni prescribe.

Ni concurre la caducidad ni concurre la prescripción. Y es así, porque lo que se ha declarado ha sido la nulidad absoluta de una condición general, que no está sujeta a plazo de caducidad del art. 1301 del CC, y tampoco a plazo de prescripción conforme al artículo 19 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Es indudable que el plazo de cuatro años a que se refiere el art. 1303 del CC para lograr la restitución solicitada por la demandante y derivada de la nulidad de la cláusula suelo inserta en los contratos se refiere a la consumación del contrato y no al momento de su celebración. Por lo que se refiere a cuándo se ha producido la consumación del contrato. Se ha interpretado que en relaciones contractuales complejas, como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, según esta doctrina, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error, STS del 12 de julio de 2017, Sentencia: 436/2017 Recurso: 97/2015 (citando anteriores). En relación con el ejercicio de la acción de nulidad por error en los swaps el Tribunal Supremo, en su reciente sentencia de 19 de febrero de 2018, ha dejado claramente sentado que ha de estarse a la literalidad del artículo 1303 del CC y que en ningún caso cabe anticipar a fecha anterior a la de consumación del contrato la de inicio del cómputo del plazo de caducidad, no habiendo sido aún consumado el contrato a la fecha de presentación de la demanda.

El plazo de caducidad se inicia cuando el Cliente tiene comprensión real de las características y riesgos del producto complejo. Pero es que además declarándose la nulidad en todo caso por aplicación de Derecho de protección de **consumidores** y usuarios en relación con condiciones generales abusivas, lo que ha de hacerse de oficio por el Tribunal, la nulidad es de pleno derecho (no sujeta por tanto al plazo de caducidad de la acción de nulidad por vicio del consentimiento cuando no han entrado en juego condiciones generales abusivas para el **consumidor** o usuario).

En efecto, la reciente STS de 16 de octubre de 2017 (dictada en relación con una cláusula suelo pero cuya doctrina es de completa aplicación al supuesto de autos) razonaba que:

"SEXTO.- Decisión del tribunal. La falta de transparencia de la cláusula suelo determina su nulidad absoluta por tener carácter abusivo. No es posible su convalidación

1.- El juzgado admitió que la cláusula suelo adolecía de falta de transparencia. El préstamo en que se subrogaron los demandantes les fue ofertado como préstamo con interés variable, con un determinado diferencial sobre el índice de referencia, pero en uno de los incisos de la escritura se establecía un suelo del 3%. Los demandantes tampoco habían recibido, con la necesaria antelación, una oferta vinculante en la que se advirtiera adecuadamente de dicha estipulación y de sus consecuencias, puesto que el documento que recoge la oferta vinculante tiene la misma fecha que la escritura de compra de la vivienda y subrogación en el préstamo hipotecario.

Por estas razones, expuestas resumidamente, la cláusula suelo, que tiene una incidencia importante en la posición jurídica y económica de las partes, pues en la práctica convirtió el préstamo a interés variable en un préstamo a interés fijo, carece de transparencia y debe considerarse abusiva.

Este tribunal ha establecido una doctrina estable sobre la transparencia exigida en este tipo de cláusulas, que arranca de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y tiene como último exponente la 367/2017, de 8 de junio, a la que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias. Conforme a dicha doctrina, es correcta la apreciación de falta de transparencia que ha realizado el Juzgado de Primera Instancia.

2.- Sin embargo, no son correctas las consecuencias que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia ha anudado a la falta de transparencia de dicha cláusula.

En la sentencia 367/2017, de 8 de junio, declaramos:

"No puede confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad de la misma con el enjuiciamiento que debe darse a la acción de anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento.



Mientras que en la primera se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la segunda las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en caso de que exista el error, la excusabilidad del mismo, y es necesario que el error sea sustancial por recaer sobre los elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y la consiguiente prestación del consentimiento.

Las consecuencias de uno y otro régimen legal son diferentes, pues el control de abusividad de la cláusula no negociada en un contrato celebrado con un **consumidor**, en el que se inserta el control de transparencia, lleva consigo la nulidad de la cláusula controvertida, la pervivencia del contrato sin esa cláusula y la restitución de lo que el predisponente haya percibido como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva, mientras que la anulación por error vicio del consentimiento afecta al contrato en su totalidad y las partes deben restituirse recíprocamente todo lo percibido de la otra en virtud del contrato, con sus frutos o intereses".

Se trata de una nulidad de pleno derecho, que impide que el **consumidor** pueda quedar vinculado por la cláusula abusiva ( art. 6.1 de la Directiva 93/13). No es posible otorgar al **consumidor** una protección menor que la que otorga la institución de la nulidad de pleno derecho en otros campos del ordenamiento jurídico pues, de otorgar una protección inferior, se infringiría el principio de equivalencia del Derecho de la Unión Europea.

4.- Además, es reiterada la jurisprudencia del TJUE que declara que esta nulidad es apreciable de oficio por los tribunales, por lo que no es imprescindible que sea invocada por el **consumidor**.

La STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10 (EDJ 2012/109012), caso Banesto, en sus párrafos 41 y siguientes, declaró que con el fin de garantizar la protección a que aspira la Directiva 1993/13/CEE (EDL 1993/15910), el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que la situación de desequilibrio existente entre el **consumidor** y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. A la luz de estos principios, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el **consumidor** y el profesional. Por consiguiente, el papel que el Derecho de la Unión Europea atribuye al juez nacional en la materia de que se trata no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello.

La STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08 (EDJ 2009/91752), caso Pannon, declaró en su párrafo 23 que "el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los **consumidores** tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del **consumidor** si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula".

El Tribunal Supremo ha asumido esta jurisprudencia comunitaria y en su sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, párrafos 110 y siguientes, declaró que el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir, lo que resultaba obligado para todos los tribunales.

5.- Hemos declarado que la nulidad absoluta o de pleno derecho es insubsanable y no permite la convalidación del contrato (sentencia 654/2015, de 19 de noviembre, y las que en ella se citan).

6.- La consecuencia de lo expresado es que no resulta correcta la afirmación del Juzgado de Primera Instancia de que el contrato resultó convalidado por la petición de los prestatarios de que se les redujera la cláusula suelo al nivel que tenían los contratos de otros compradores de la misma promoción. La nulidad de la cláusula suelo no ha quedado subsanada.

7.- El supuesto no entra en la previsión del art. 1208 del Código Civil, en que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia funda su decisión. Este precepto prevé:

"La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen".

En este caso, como se ha dicho, se trata de una nulidad absoluta apreciable de oficio y no de una nulidad cuya causa solo pueda ser invocada por el deudor.

8.- Este precepto legal determina la nulidad de la novación cuando también lo sea la obligación novada, salvo que la causa de nulidad solo pueda invocarla el deudor o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen. Pero del mismo no se deduce que siempre que la nulidad de la obligación novada solo pueda ser invocada por el deudor, la novación suponga necesariamente la convalidación de la obligación novada y la consiguiente subsanación de los defectos de los que esta adolecía.



La nueva obligación adolecerá de los mismos vicios que la obligación novada, salvo que la voluntad de los interesados pueda y quiera subsanar tales defectos. Para que tal subsanación se produzca, es preciso que se den los requisitos que el art. 1311 del Código Civil y la jurisprudencia que lo desarrolla establecen para la convalidación de los negocios anulables.

9.- En el caso enjuiciado, la protesta por la inclusión de una cláusula de la que no se advirtió a los prestatarios, pese a su trascendencia, y la petición de que al menos se les reduzca el suelo al fijado en otros contratos de la misma promoción, incluso si se tratara de un vicio subsanable (que no lo es), no podría considerarse en ningún caso como una convalidación del contrato pues no constituye un acto inequívoco de la voluntad tácita de convalidación o confirmación del contrato, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda dicha situación confirmatoria.

Se trata solamente de una solicitud dirigida a reducir en lo posible las consecuencias negativas que la cláusula cuestionada tenía para los prestatarios, que no les impide posteriormente solicitar la declaración de nulidad absoluta de tal cláusula y la restitución de lo que el banco ha percibido indebidamente por su aplicación.

10.- Lo expuesto determina que proceda estimar el recurso de apelación, revocar la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y estimar la pretensión principal formulada en la demanda

- En el recurso de apelación que nos ocupa, los apelantes, vienen, en resumen, a señalar el error de la juzgadora a quo al rechazar su pretensión de declaración de la nulidad de la cláusula mínima de interés (cláusula suelo) contenida en la escritura de fecha 1 de abril de 2004, rechazo, -acogiendo las tesis de la parte demandada de carencia de objeto litigioso-, por causa de encontrarse cancelado o amortizado totalmente dicho préstamo desde el 4 de abril de 2016; siendo así que, con arreglo a la jurisprudencia que dejan reseñada (SAP Ciudad Real, 1ª, de 16/11/2015; SAP Soria de 10/03/2016), la cancelación o extinción del préstamo hipotecario no es obstáculo para el ejercicio de la acción de nulidad y reclamación de cantidades indebidamente percibidas como consecuencia de la aplicación de la cláusula suelo; y es de tener en cuenta que la acción ejercitada de nulidad de condiciones generales de la contratación, de cláusulas nulas de pleno derecho, no se encuentran sujetas a ningún plazo de prescripción, ni de caducidad (art. 19.4 LCGC).

(...)

Por tanto, se mire como se mire, lo que subyace en los planteamientos de la sentencia impugnada es la cuestión de si amortizado o cancelado un contrato de préstamo hipotecario, el ejercicio de una acción de nulidad parcial o anulabilidad de una o varias de sus cláusulas, ex art 1301 CC, o bien el ejercicio de una acción de nulidad radical o de pleno derecho, deben venir frustrados por carencia de objeto del litigio o procedimiento, por pérdida sobrevenida de interés, en definitiva, por falta de acción, etc., de acuerdo con el tenor del art. 22 de la LEC.

Para la Sala, -se anticipa-, no se pueden compartir las tesis de dicha sentencia, porque en el caso que nos ocupa, teniendo en consideración el suplico de la demanda rectora de esta litis, el hecho de que el préstamo litigioso plasmado en la escritura pública de 1-4-2004 venga amortizado o extinguido por pago del capital pendiente a fecha de 4 de abril de 2016, esto es, cumplido de forma voluntaria, no elimina o evapora el interés legítimo de los actores en obtener la devolución de las cantidades abonadas en exceso por razón de la cláusula de acotación mínima que consideran abusiva del dicho préstamo, y que se dice extinguido e inexistente, ya que tal pretensión no se ha visto satisfecha fuera del proceso, sin que la amortización del préstamo constituya un acontecimiento sobrevenido que provoque la carencia de objeto respecto a dicho interés legítimo y que provoque, consiguientemente, la aludida falta de acción".

En atención a lo expuesto no cabe olvidar que la restitución de las cantidades indebidamente percibidas por el Banco prestamista en base a una cláusula declarada nula por abusiva, y la acción se entabla, en efecto, con base a unos efectos anteriores en el tiempo a su ejercicio, pero desplegados durante la vida del contrato, por lo que la circunstancia de que el contrato se haya, incluso, extinguido por el cumplimiento de las prestaciones no puede constituir obstáculo para poder reclamar lo que en su día pudo percibirse indebidamente por aplicación de la cláusula...

Y, en nuestro caso, la solicitud de declaración de nulidad de la cláusula suelo que nos ocupa va acompañada, en realidad, -al pedirse la devolución de lo indebidamente percibido por el Banco-, de una verdadera petición de indemnización de daños y perjuicios por el tiempo que esa cláusula abusiva estuvo vigente.

No cabe ignorar el debate, que suscita la jurisprudencia del TS, referido a que la declaración de nulidad de una cláusula suelo por ser abusiva, implicaría su nulidad radical o de pleno derecho, y lo nulo o radical no prescribe, ni caduca, por lo que la acción debería ser imprescriptible.



Es sabido, como recuerda el TS, que tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden unánimemente en interpretar que el art. 1301 CC se aplica a la anulabilidad y no a la nulidad, que es definitiva y no puede sanarse por el paso del tiempo, habiendo declarado la sentencia de 4 de noviembre de 1996, que la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción... ( SSTS de 14/03/2000 y 18/10/2005).

Es por ello que debe tenerse en cuenta que el plazo para reclamar la nulidad de la cláusula suelo de una hipoteca dependerá, fundamentalmente, de los términos (causa de pedir) en los que se haya planteado la demanda de nulidad, de modo que, de principio, puede sostenerse, que sería de respetar el plazo de cuatro años, en los casos en que se demande la nulidad de la cláusula suelo con fundamento en un error o vicio del consentimiento, siendo de aplicación, entonces, el art. 1301 CC (nulidad relativa o anulabilidad), y quedando fijado el dies a quo para el cómputo del plazo en el momento de la consumación del contrato, coincidente con el momento en que hayan terminado los efectos de la hipoteca, (coincidente, pues, con aquel en que ya se han realizado todas las obligaciones o cumplidas las prestaciones de ambas partes; STS de Pleno de 12 de enero de 2015); por lo que presentada la demanda fuera de dicho plazo cabría estimar la caducidad de la acción, incluso de oficio.

En definitiva, el único límite legal a respetar por quien ejercita una acción de nulidad parcial de una "cláusula suelo" inserta en un contrato de préstamo hipotecario, por vicio o error de consentimiento, etc., que le supuso el abono de cantidades que no se debieron satisfacer, una vez que el préstamo se haya cancelado, no es otro que el respeto al plazo de caducidad de 4 años previsto para tal clase de acciones, de conformidad con el citado art. 1301 del CC.

*Mientras que, solicitada la nulidad absoluta o radical de la cláusula con fundamento en los arts. 8, 9 y 10 de la LCGC, en relación con el art. 83 de la TRLGDCU (manteniendo que la cláusula suelo es una condición general de la contratación abusiva y no transparente) no existiría plazo alguno de caducidad para su ejercicio, y la acción deviene imprescriptible.*

A mayor abundamiento, puede tenerse en cuenta que el Real Decreto Ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección a los **consumidores** en materia de cláusulas suelo, aun cuando tiene como finalidad primordial la de arbitrar un cauce extrajudicial de carácter voluntario para el **consumidor**, que facilite que pueda llegar a un acuerdo con la entidad de crédito, en su art. 1, significa que su objeto es el establecimiento de medidas que faciliten la devolución de las cantidades indebidamente satisfechas por el **consumidor** a las entidades de crédito en aplicación de determinadas cláusulas suelo contenidas en contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria, sin que excluya de dicha regulación y de su ámbito de aplicación (art. 2) a contratos de préstamo o crédito ya extinguidos o amortizados.

Por tanto, las medidas y mecanismos extrajudiciales que esta norma legal ofrece están abiertas también a hipotecas ya amortizadas por completo si tenían cláusula suelo abusiva, etc.

En consecuencia, siendo imprescriptible la acción aplicable incluso a hipotecas ya amortizadas por completo, el motivo de oposición a la demanda por caducidad o prescripción de la acción ha de ser desestimado.

Por lo que no cabe declarar la caducidad ni la prescripción de la acción.

Finalmente, tampoco cabe limitar su reclamación a los cinco años anteriores como pretende la parte demandada en atención a lo dispuesto en el artículo 1966 del CC. Ello por cuanto la acción entablada es con carácter general imprescriptible, por lo ya expuesto, y además el artículo 1966 del CC regula la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento, de una de las partes del contrato de una prestación debida, es decir, de una obligación de hacer, comprendiendo dentro de sus efectos el de la prescripción de aquellas obligaciones que prevén pagos periódicos. Pero no contempla un supuesto como el presente en el que lo que procede es la restitución de cantidades abonadas indebidamente en virtud de una cláusula declarada nula, pues lo contrario supondría un enriquecimiento injusto para la demandada, quien no tiene amparo ni legal ni contractual para retener en su poder cantidades que le fueron entregadas indebidamente.

**QUINTO.-** Intereses devengados respecto de las cantidades indebidamente percibidas con motivo de la aplicación de la cláusula suelo.

Discrepa la demandada de la condena al pago de los intereses devengados por las cantidades indebidamente percibidas por la entidad bancaria en aplicación de la cláusula suelo.

El motivo de oposición tampoco puede prosperar porque como señala la STS de 20 de diciembre de 2016 "en estos casos de nulidad, conforme al art. 1303 del CC, el alcance restitutorio incluye el pago de los intereses devengados por las respectivas prestaciones restituibles", debiendo añadir que no se trata de una cantidad



ilíquida sino claramente determinable en base a meras operaciones matemáticas a realizar por la entidad bancaria, demandada.

En el mismo sentido la SAP de Zaragoza de 22 de junio de 2017 señala: "la determinación de los intereses no se debe a la aplicación del artículo 1101 del CC, sino por imposición del artículo 1303 del CC, bajo la máxima de que lo nulo ningún efecto produce; por ende el cobro de dinero indebidamente obtenido por la entidad bancaria le ha supuesto unos rendimientos, frutos o intereses, que deben ser restituidos, puesto que son intereses que le hubieran correspondido al prestatario si no hubiera existido el indebido desplazamiento patrimonial. (...) La cantidad resultante puede ser fijada con una simple operación aritmética, en la que se utilizaran dos parámetros principalmente, el interés legal vigente en el momento de cada devengo y el tiempo transcurrido desde el mismo hasta su abono. Ninguna otra dificultad entraña, y dicha forma de cálculo supone una restitución íntegra de las cantidades indebidamente cobradas, tanto del principal (y sus frutos), y de los intereses".

#### **SEXTO.-** Publicidad de la sentencia

Sobre este particular dispone el artículo 21 de la LCGC, bajo la rúbrica "publicación", "el fallo de la sentencia dictada en el ejercicio de una acción colectiva, una vez firme, junto con el texto de la cláusula afectada, podrá publicarse por decisión judicial en el "Boletín Oficial del Registro Mercantil" o en un periódico de los de mayor circulación de la provincia correspondiente al Juzgado donde se hubiera dictado la sentencia, salvo que el Juez o Tribunal acuerde su publicación en ambos, con los gastos a cargo del demandado y condenado, para lo cual se le dará un plazo de quince días desde la notificación de la sentencia".

En este sentido en atención al tenor literal del precepto que prevé que tal publicación no es automática sino que es potestad del órgano judicial que deberá ser adoptada teniendo en cuenta la finalidad que persigue la difusión de la sentencia frente a terceros ajenos al procedimiento. En el ejercicio de esta potestad acuerdo que no ha lugar a la publicación de la misma al no haber sido esta solicitada por la parte actora.

#### **SÉPTIMO.-** Costas

Dada la estimación de la demandada las costas procesales causadas se imponen a la parte demandada ( artículo 394 de la LEC).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

### **FALLO**

Que **debo estimar y estimo** la demanda presentada por la entidad **ASOCIACIÓN GALEGA DE CONSUMIDORES E USUARIOS (en adelante ACOUGA)**, representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Camba Méndez, con la intervención voluntaria adhesiva, en calidad de demandantes, al tener interés legítimo y directo en el resultado del presente proceso, bajo la misma representación procesal y asistencia letrada que la actora de: D. Daniel y D<sup>a</sup> Emilia, D<sup>a</sup> Erica y D. Eleuterio, D. Emiliano y D<sup>a</sup> Eulalia, D. Eulogio, D<sup>a</sup> Flor y D<sup>a</sup> Florinda, D<sup>a</sup> Gracia, D<sup>a</sup> Guadalupe y como fiadores D. Francisco y D<sup>a</sup> Jacinta, D<sup>a</sup> Juliana y D. Gregorio, D. Herminio, D<sup>a</sup> Lucía, D. Landelino y Olga, D. Lucas y D<sup>a</sup> Rafaela, D. Marino y D<sup>a</sup> Rosa, D<sup>a</sup> Rosario y D<sup>a</sup> Sacramento, D. Nicanor, D. Obdulio, D<sup>a</sup> Sonsoles y D. Pedro, D. Plácido, D<sup>a</sup> Trinidad, D. Raúl, D<sup>a</sup> Visitacion, D. Romualdo, D<sup>a</sup> Azucena, D. Sergio, D<sup>a</sup> Adoracion, D<sup>a</sup> Alejandra, D<sup>a</sup> Amalia y D. Jose Manuel, D. Jose Francisco, D<sup>a</sup> Apolonia, quien actúa en su propio nombre y en beneficio de la sociedad de gananciales que forma con su esposo D. Carlos Ramón, D<sup>a</sup> Blanca, D. Luis Pedro, D. Jesús María, D<sup>a</sup> Celestina, D. Juan Luis, D<sup>a</sup> Coro, D<sup>a</sup> Cristina, quien actúa en su propio nombre y en beneficio de la sociedad de gananciales que forma con su esposo D. Marco Antonio, D<sup>a</sup> Elisenda y D. Adriano, D<sup>a</sup> Encarnacion y D. Alonso, D<sup>a</sup> Estrella y D. Anibal, D<sup>a</sup> Fátima y D. Arcadio, D. Aureliano y D<sup>a</sup> Gabriela, D<sup>a</sup> Gloria, D. Bernabe y D<sup>a</sup> Isidora, D. Candido, D<sup>a</sup> Noemi, D<sup>a</sup> Laura, D<sup>a</sup> Paloma, D. Cirilo y D. Cornelio, D. Demetrio y D<sup>a</sup> Mariola, D. Eduardo y D<sup>a</sup> Mónica, D<sup>a</sup> Sonia, D<sup>a</sup> Tania y D. Ezequias, D<sup>a</sup> Pilar, D<sup>a</sup> Violeta, D<sup>a</sup> Reyes, D<sup>a</sup> Marí Juana, D. Gabino y D<sup>a</sup> Salvadora, D<sup>a</sup> Sara, D<sup>a</sup> Socorro, D. Hilario y D<sup>a</sup> Teodora, D. Ildefonso y D<sup>a</sup> Vanesa, D<sup>a</sup> Ángeles y D. Javier, D<sup>a</sup> Marí Trini, D. Gonzalo, D. Julio, D<sup>a</sup> María Virtudes, D. Lorenzo, D. Lucio y D<sup>a</sup> Casilda, D. Mateo y D<sup>a</sup> Amparo, D. Moises y D<sup>a</sup> Florencia, D<sup>a</sup> Diana y D. Paulino, D<sup>a</sup> Elvira y D. Prudencio, D. Ricardo, D<sup>a</sup> Estibaliz y D. Rosendo, D. Sabino, D. Santos y D<sup>a</sup> Manuela, D. Silvio, D. Teodoro y D<sup>a</sup> Hortensia, D<sup>a</sup> Josefa, D. Nicolas, D<sup>a</sup> Leticia y D. Jose Ángel, D. Sixto y SUS HIJOS D<sup>a</sup> Rocío y D. Luis Pablo, D<sup>a</sup> Josefina, D. Sebastián, D. Juan Francisco y D<sup>a</sup> Lorenza, D<sup>a</sup> Piedad, D<sup>a</sup> Raquel y D<sup>a</sup> Crescencia, D. Alberto y D<sup>a</sup> Milagrosa, D. Amador y D<sup>a</sup> Adela, D. Pedro Jesús y D<sup>a</sup> Paulina, D<sup>a</sup> Clara, D<sup>a</sup> Remedios y como heredera de D. Bienvenido (fallecido) su madre D<sup>a</sup> Sabina, D<sup>a</sup> Salome, D<sup>a</sup> Benita y D. Cipriano, D. Conrado y D<sup>a</sup> Africa, D. David, D<sup>a</sup> Evangelina, D<sup>a</sup> Ángela y D. Eladio, D<sup>a</sup> María Angeles y D. Ernesto, D<sup>a</sup> Herminia, D<sup>a</sup> María Purificación, D<sup>a</sup> Adolfinia, D. Feliciano y D<sup>a</sup> Carolina, D. Florian, D. Eliseo y D<sup>a</sup>



Angustia , D. Geronimo , D. Gustavo , D<sup>a</sup> Begoña , D<sup>a</sup> Bibiana , D. Felipe , D<sup>a</sup> Caridad , D. Isidro , D<sup>a</sup> Felisa y D. Justo , D. Lázaro , D<sup>a</sup> Marina , D<sup>a</sup> Melisa , D. Marcelino , D<sup>a</sup> Encarna y D. Maximiliano , D<sup>a</sup> Eugenia , quien actúa en su propio nombre y en beneficio de la comunidad que mantiene con su marido D. Olegario , D<sup>a</sup> Virtudes , D<sup>a</sup> Antonieta , D<sup>a</sup> Aurora , contra **ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, SA** representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Belo González, y en consecuencia **debo declarar y declaro** la eficacia extintiva del efecto restitutorio inherente a la nulidad de la cláusula suelo inserta en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que fue declarada nula en virtud de Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (rec. 485/2012), respecto de los contratos suscritos con la demandada, **condenando** a la mercantil **ABANCA CORPORACIÓN BANCARIA, SA** a restituir a los **consumidores** perjudicados las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de las cláusulas declaradas nulas en virtud de STS de 9 de mayo de 2013, calculadas estas desde la fecha de contratación de los préstamos con garantía hipotecaria y hasta el momento en que fue eliminada la cláusula suelo de la operatividad de los préstamos (09/05/2013), con los intereses legales correspondientes.

Ello con expresa imposición de las costas causadas en esta instancia al demandado.

Al no ser posible, en este momento, la determinación individual de los **consumidores** que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena en los términos contemplados en la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 221 en relación con el 519 de la LEC, las características y requisitos necesarios para poder exigir el pago, y en su caso instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la parte demandante, son: las personas físicas, o sus causahabientes, que ostentando la condición de **consumidor** hubiesen contratado con la demandada un préstamo con garantía hipotecaria con inclusión de una cláusula nula en virtud de la STS dictada el 09/05/2013, a los que no les hayan sido ya devueltas, por la demandada, las cantidades que debieron serles reintegradas en virtud de esa declaración de nulidad.

**NOTIFÍQUESE** a las partes la presente resolución advirtiéndoles que la misma no será firme, pudiéndose interponer **RECURSO DE APELACIÓN** en un plazo de 20 DÍAS a contar desde el siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en los artículos 458 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, junto con la interposición del recurso de apelación deberá acreditarse la constitución de un depósito de 50 EUROS efectuado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, sin el cual el referido recurso será inadmitido a trámite. Y todo ello sin perjuicio del abono de las tasas que, en su caso, resulten procedentes, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Llévese el original al libro de sentencias.

Así por ésta mi Sentencia, lo pronuncia, manda y firma, DOÑA AMELIA MARÍA PÉREZ MOSTEIRO, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Mercantil número 1 de A Coruña, en comisión de servicios.

**PUBLICACION.**- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Sra. Magistrada-juez que la suscribe en el mismo día de su fecha, hallándose celebrando audiencia pública; doy fe.